

Les Cahiers de droit



La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

José Woehrling

Volume 35, numéro 3, 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043294ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043294ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Woehrling, J. (1994). La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. *Les Cahiers de droit*, 35(3), 551–582.
<https://doi.org/10.7202/043294ar>

Résumé de l'article

Dans la présente étude, l'auteur tente de déterminer selon quelles modalités de la procédure de modification constitutionnelle prévue dans les articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourraient être modifiées, en ce qui concerne le Québec, les dispositions de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On constatera que, s'il existe un certain nombre d'arguments en faveur de la thèse voulant que cet article puisse être modifié « bilatéralement » par le Québec et les autorités fédérales, d'autres arguments, par contre, pourraient amener à conclure que, en plus de l'accord du fédéral et du Québec, celui d'une ou de plusieurs autres provinces serait également requis.

La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867**

José WOEHLING**

Dans la présente étude, l'auteur tente de déterminer selon quelles modalités de la procédure de modification constitutionnelle prévue dans les articles 38 à 49 de la Loi constitutionnelle de 1982 pourraient être modifiées, en ce qui concerne le Québec, les dispositions de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867. On constatera que, s'il existe un certain nombre d'arguments en faveur de la thèse voulant que cet article puisse être modifié « bilatéralement » par le Québec et les autorités fédérales, d'autres arguments, par contre, pourraient amener à conclure que, en plus de l'accord du fédéral et du Québec, celui d'une ou de plusieurs autres provinces serait également requis.

In this study, the author attempts to determine under what conditions of the procedure for constitutional amendment provided under sections 38 to 49 of the Constitution Act, 1982, the provisions of section 93 of the Constitution Act, 1867 could be modified with regard to Quebec. It appears that while there are arguments supporting the thesis whereby this section could be amended « bilaterally » by Quebec and federal authorities, other arguments could on the contrary lead to the conclusion that in addition to the federal-Quebec agreement, the agreement of one or more other provinces could also be required.

* L'auteur dédie la présente étude à la mémoire de Pierre Carignan qui l'a lue et commentée peu de temps avant sa disparition soudaine et prématurée.

** Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

Pages

1. Le contenu, le champ d'application et la portée de l'article 93 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	554
2. L'économie générale des cinq modalités de la procédure de modification de la Constitution du Canada prévue dans les articles 38 à 49 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	561
3. La procédure de modification applicable dans le cas de l'article 93 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	568
3.1 Les arguments en faveur d'une modification « bilatérale » (par les deux Chambres du Parlement fédéral et l'assemblée législative du Québec)	571
3.1.1 L'application littérale de la version anglaise de l'article 43 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	571
3.1.2 Le précédent de la <i>Modification constitutionnelle de 1987</i> pour Terre-Neuve	573
3.2 Les arguments contre une modification bilatérale	576
3.2.1 Le caractère ambigu de la version française de l'article 43 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	576
3.2.2 La nature de « compromis fondamental de la Confédération » de l'article 93 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	578
Conclusion	581

L'interprétation donnée par la Cour suprême du Canada à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹, notamment dans le récent *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*², a pour effet de reconnaître aux catholiques et aux protestants des villes de Montréal et de Québec le droit à des commissions scolaires confessionnelles, qui viendraient se superposer aux commissions scolaires linguistiques que le gouvernement québécois cherche à établir avec la nouvelle *Loi sur l'instruction publique* (loi 107). Une telle superposition créerait donc un système scolaire extrêmement difficile à administrer³. D'où l'idée, souvent exprimée ces der-

1. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, L.R.C. (1985), App. II, n° 5 (ci-après citée : « *Loi de 1867* »). Antérieurement désignée *British North America Act, 1867*, cette loi a été renommée par la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (ci-après citée : « *Loi de 1982* »).
2. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511.
3. Sur les difficultés pour la réforme du système scolaire québécois qui découlent des décisions de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, note 2, et dans l'affaire *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, voir : C. DUPONT, « La mise en place de commissions scolaires linguistiques au regard du Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique et de l'arrêt Mahé », dans Y. CARRIÈRE, *Développements récents en droit scolaire*, 1994, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994 (Service de la formation permanente du Barreau du Québec), pp. 19-67.

niers temps dans le cadre du débat sur la réforme du système scolaire québécois, que la meilleure solution consisterait somme toute à modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴ dans son application au Québec.

Dans la présente étude, nous tenterons donc de déterminer selon quelles modalités de la procédure de modification constitutionnelle prévue dans les articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵ pourraient être modifiées les dispositions de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶. Plus précisément, on se demandera si l'article 93, dans la mesure où il s'applique au Québec, pourrait être modifié de façon « bilatérale », c'est-à-dire par accord entre les autorités provinciales du Québec et les autorités fédérales, comme cela a été le cas en 1987 lorsque ces dernières ont collaboré avec les autorités de la province de Terre-Neuve pour modifier l'article 17 des conditions d'union de Terre-Neuve avec le Canada. L'article 17 joue pour cette province le même rôle que l'article 93 pour le Québec.

Nous commencerons par rappeler le contenu, le champ d'application et la véritable portée de l'article 93, étant donné que le choix de la procédure de modification pour une disposition quelconque de la Constitution dépend bien sûr de son contenu, mais également du nombre de provinces auxquelles elle s'applique. On constatera également que l'article 93 a toujours été considéré comme le fruit d'un compromis politique sans lequel la Confédération n'eût pas été possible. Cette nature de « compromis politique » est également susceptible d'avoir des effets sur la mise en œuvre de la procédure de modification à l'égard de l'article 93.

Nous rappellerons ensuite l'économie générale des cinq modalités de la procédure de modification de la Constitution du Canada prévue dans les articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷. Il serait en effet fort difficile d'expliquer et de comprendre pourquoi la modification d'une disposition quelconque de la Constitution relève d'une modalité plutôt que d'une autre sans disposer d'une vue d'ensemble de la procédure de modification.

Enfin, nous tenterons de déterminer quelle est la modalité de la procédure de modification qui s'applique à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸. On verra que, s'il existe un certain nombre d'arguments en faveur de la thèse voulant que cet article puisse être modifié « bilaté-

4. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

5. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

6. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

7. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

8. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

ralement » par le Québec et les autorités fédérales, d'autres arguments, par contre, pourraient amener à conclure que, en plus de l'accord du fédéral et du Québec, celui d'une ou de plusieurs autres provinces serait également requis.

1. Le contenu, le champ d'application et la portée de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Dans sa version anglaise, qui est encore aujourd'hui la seule à faire foi, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹ énonce :

Education

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions :

- (1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union :
- (2) All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec :
- (3) Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in Relation to Education :
- (4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section.

Pour des raisons de commodité, nous reproduisons également la traduction française — non officielle — de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰ :

Éducation

93. Dans chaque province, la Législature pourra exclusivement décréter des lois relatives à l'éducation, sujettes et conformes aux dispositions suivantes :

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

- (1) Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l'union, par la loi à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées (*denominational*) ;
- (2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés et imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de Sa Majesté, seront et sont par la présente étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec ;
- (3) Dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existera par la loi, lors de l'union, ou sera subséquemment établi par la Législature de la province — il pourra être interjeté appel au gouverneur-général en conseil de toute loi ou décision d'aucune autorité provinciale affectant aucun des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de Sa Majesté relativement à l'éducation ;
- (4) Dans le cas où il ne serait pas décrété telle loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur-général en conseil jugera nécessaire pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, — ou dans le cas où quelque décision du gouverneur-général en conseil, sur appel interjeté en vertu du présent article, ne serait pas mise à exécution par l'autorité provinciale compétente — alors et en tout tel cas, et en tant seulement que les circonstances de chaque cas l'exigeront, le parlement du Canada pourra décréter des lois propres à y remédier pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur-général en conseil sous l'autorité de ce même article.

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹ a commencé par s'appliquer aux quatre provinces d'origine, à savoir le Québec, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Au moment de leur entrée dans la fédération, il est également devenu applicable, sans modifications, à la Colombie-Britannique en 1871¹² et à l'Île-du-Prince-Édouard en 1873¹³. Enfin, des dispositions analogues, mais non identiques, qui s'inspirent à des degrés divers de l'article 93, ont été insérées dans les lois créant le Manitoba¹⁴ en 1870, l'Alberta¹⁵ et la Saskatchewan¹⁶ en 1905, ainsi qu'à la clause 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve¹⁷ lors de l'union de cette province avec le Canada en 1949.

11. *Ibid.*

12. *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), App. 11, n° 10 (anciennement : *Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Colombie-Britannique*).

13. *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, L.R.C. (1985), App. 11, n° 12 (anciennement : *Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant l'Île-du-Prince-Édouard*).

14. *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., Canada, c. 3, L.R.C. (1985), App. II, n° 8, art. 22.

15. *Loi sur l'Alberta*, 1905, 4 & 5 Éd. VII, Canada, c. 3, L.R.C. (1985), App. II, n° 20, art. 17.

16. *Loi sur la Saskatchewan*, 1905, 4 & 5 Éd. VII, Canada, c. 42, L.R.C. (1985), App. II, n° 21, art. 17.

17. *Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada*, annexées à la *Loi sur Terre-Neuve*, 12 & 13 Geo. VI, R.-U., c. 22, L.R.C. (1985), App. II, n° 32, article 17 (anciennement : *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949*).

Par conséquent, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁸ s'applique actuellement à six provinces, à savoir le Québec, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, la Colombie-Britannique et l'Île-du-Prince-Édouard. Cependant, il n'entraîne pas les mêmes effets pour chacune de ces six provinces. Cela découle du fait que l'article 93 ne contient pas de normes substantielles : il n'énumère lui-même aucun droit garanti relatif à la confessionnalité des écoles ; il se contente de mettre en place certains « mécanismes », notamment celui qui figure au premier paragraphe et qui prévoit l'enchâssement dans la Constitution des droits pré-existants à ce sujet dans chaque province. Les droits ainsi garantis varient donc d'une province à l'autre et, comme on le verra, pour quatre des six provinces, il n'en existe tout simplement pas.

Le premier paragraphe de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁹ constitue l'armature centrale du système de garanties mis en place par cette disposition. Il a pour objet de constitutionnaliser ou, si l'on préfère, d'« enchâsser », relativement aux écoles confessionnelles, les droits ou privilèges prévus par la loi, dans chaque province, au moment de la Confédération. Pour bénéficier de la protection de l'article 93 (1), un droit ou un privilège devait donc exister en 1867 et tirer son existence d'une loi. Cette double condition n'est remplie que dans le cas de deux des six provinces auxquelles s'applique territorialement l'article 93, à savoir le Québec et l'Ontario. Par contre, en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Colombie-Britannique, aucun droit en matière d'écoles confessionnelles n'était légalement reconnu au moment de l'entrée de ces provinces dans la fédération. Par conséquent, l'article 93 (1) n'entraîne à leur égard aucune conséquence véritable. Il s'applique formellement à ces quatre provinces, mais sans y produire aucun effet juridique réel. Ainsi, malgré son application formellement égale aux six provinces mentionnées, l'article 93 (1) n'a de véritable portée substantielle qu'au Québec et en Ontario²⁰.

La disposition similaire — mais non identique — à l'article 93 (1) qui s'applique au Manitoba a été privée de tout effet utile par un arrêt — fort critiqué — du Comité judiciaire du Conseil privé²¹. Par conséquent, aucun droit relatif aux écoles confessionnelles publiques n'est « enchâssé » dans cette province. Par contre, les dispositions similaires à l'article 93 (1) qui

18. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

19. *Ibid.*

20. Pour un examen approfondi du statut juridique des écoles confessionnelles dans les différentes provinces au moment de leur union avec le Canada, voir : D.A. SCHMEISER, *Civil Liberties in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1964, pp. 132-186.

21. *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445.

s'appliquent à l'Alberta et à la Saskatchewan ont eu pour effet de constitutionnaliser les droits relatifs aux écoles confessionnelles, pour les minorités catholiques et protestantes, qui existaient au moment de la création de ces deux provinces en 1905. Enfin, l'article 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve²², qui s'applique à la place de l'article 93, a eu pour effet d'enchâsser le système scolaire de Terre-Neuve qui est entièrement confessionnel et, de ce point de vue, tout à fait original et unique.

L'article 93 (2) contient un « mécanisme d'extension juridique²³ » qui a pour objet d'étendre aux écoles dissidentes, catholiques ou protestantes, du Québec les mêmes « pouvoirs, privilèges et devoirs » que ceux qui ont été conférés ou imposés aux écoles séparées et aux syndics d'écoles catholiques d'Ontario en 1867. L'inverse n'est cependant pas vrai, et les écoles séparées d'Ontario ne bénéficient pas des « pouvoirs, privilèges et devoirs » des écoles dissidentes et des syndics d'écoles du Québec en 1867. Cette disposition s'applique donc seulement à la province de Québec. De plus, profitant aux seules écoles dissidentes, elle n'est pas susceptible de jouer en faveur des écoles confessionnelles de Montréal et de Québec, du fait que ces deux villes ne connaissaient pas le système de la dissidence existant dans le reste du Québec (on n'y trouvait aucune école dissidente, mais seulement des écoles confessionnelles, les unes catholiques et les autres protestantes). La portée substantielle du second paragraphe de l'article 93, qui a créé de nouveaux droits, par opposition au premier paragraphe qui ne fait que constitutionnaliser des droits existants, doit donc être déterminée par rapport au droit préconfédéral ontarien.

Les paragraphes 3 et 4 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁴ mettent en place un « mécanisme d'intervention remédiate²⁵ ». Il s'agit d'un mécanisme politique, plutôt que juridique, qui permet à l'exécutif et au Parlement fédéraux d'intervenir en vue de remédier à une *initiative* ou à une *inaction* des autorités provinciales. En outre, contrairement au premier paragraphe de l'article 93, qui ne fait qu'enchâsser des droits existant *avant* la Confédération, les troisième et quatrième paragraphes permettent une intervention politique en cas d'atteinte à des droits ou à des privilèges conférés *après* la Confédération (ou, dans le cas des provinces qui se sont

22. *Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada*, précitées, note 17.

23. Nous empruntons cette expression au professeur Carignan, qui est l'auteur du plus grand nombre d'ouvrages et d'articles sur l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir en particulier : P. CARIGNAN, *Les garanties confessionnelles à la lumière du Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario : un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, pp. 16-17.

24. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

25. L'expression est de P. CARIGNAN, *op. cit.*, note 23, pp. 17-20.

jointes au Canada par la suite, après la date de leur entrée dans la fédération).

Par conséquent, les troisième et quatrième paragraphes de l'article 93, qui s'appliquent « formellement » aux six provinces visées par cette disposition, n'ont cependant de véritable effet qu'à l'égard de celles dont les lois préconfédérales contenaient des garanties relatives aux écoles confessionnelles ou qui, après la date de leur union avec le Canada, ont établi un système d'écoles séparées ou dissidentes. Par ailleurs, dans le cas des provinces qui ne répondent à aucune de ces deux conditions, les paragraphes 3 et 4 pourraient néanmoins leur devenir « substantiellement » applicables dans l'avenir, si elles décidaient d'établir un jour un système d'écoles séparées ou dissidentes.

Soulignons également que des dispositions semblables ou similaires à celles qui sont contenues aux paragraphes 3 et 4 de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁶ s'appliquent au Manitoba, à l'Alberta et à la Saskatchewan. Par contre, l'article 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve²⁷, qui s'applique pour cette province « au lieu » de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁸, ne contient aucun « mécanisme d'intervention remédiate ».

Les pouvoirs d'« intervention remédiate » des paragraphes 3 et 4 de l'article 93 n'ont jamais été mis en œuvre, et certains auteurs estimaient qu'ils étaient, pour cette raison, tombés en désuétude²⁹. La Cour suprême du Canada semble bien leur avoir donné tort, en considérant que ces dispositions sont toujours applicables, dans une décision de 1987, le *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*³⁰.

Tous les auteurs qui ont étudié l'histoire législative de l'article 93 s'accordent pour conclure que cette disposition constitue le fruit d'un compromis historique entre les divers acteurs, institutionnels ou sociologiques, qui ont participé à l'élaboration de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹ ou qui sont intervenus de façon significative à l'occasion du dérou-

26. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

27. *Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada*, précitées, note 17.

28. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

29. Voir, par exemple, P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, pp. 823-825.

30. *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 1175 (J. Wilson, pour la majorité), 1205 (J. Estey, pour lui-même et le J. Beetz) (ci-après cité : « *Renvoi relatif au Bill 30* »).

31. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

lement de ce processus. Le professeur Carignan, qui est incontestablement l'auteur qui a le plus étudié la question, s'exprime notamment ainsi :

L'histoire [...] met en lumière la raison d'être des garanties confessionnelles dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces garanties étaient nécessaires à la fois pour apaiser la communauté protestante du bas pays [la future province de Québec] réclamant à cor et à cri une protection constitutionnelle et pour dissiper les inquiétudes des catholiques romains du haut [la future province de l'Ontario] appuyés, par sentiment de solidarité, par leurs coreligionnaires du bas. Au reste, tout en déplaisant aux protestants du haut, elles leur étaient acceptables, à titre de compromis, à condition de n'impliquer de leur part aucune concession additionnelle [...] Enfin, sans être réclamées par la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, elles ne suscitaient aucune opposition de leur part dans la mesure où elles évitaient de compromettre le monolithisme de leur système d'enseignement public. Dans cette perspective, le système de garantie constitue un compromis taillé sur mesure, à la lumière des circonstances du moment, pour permettre le ralliement au projet de Confédération, de certains groupes constituant alors la quasi-totalité de la population.

Ainsi s'explique que ce système ait pour armature principale le mécanisme de constitutionnalisation [le premier paragraphe de l'article 93], mécanisme qui se borne à cristalliser des droits et privilèges alors possédés en vertu de la loi dans les territoires respectifs des futures provinces. Pareil mécanisme protégeait les minorités religieuses québécoise et ontarienne contre l'éventualité d'une réorientation de la législation scolaire défavorable à leurs intérêts. Par ailleurs, n'accordant aucune concession nouvelle aux écoles confessionnelles, il était acceptable, à titre de compromis, aux protestants du Haut-Canada. Enfin, il respectait le sentiment des Maritimes en ne leur imposant pas la confessionnalité scolaire³².

Le professeur Gilles Pépin, pour sa part, est d'avis qu'« [i]l semble acquis qu'il n'y aurait pas eu d'Union en 1867, si les Pères de la Confédération n'avaient pas réussi à s'entendre sur le contenu de l'article 93³³ » et les professeurs François Chevrete, Herbert Marx et André Tremblay, qui ont consacré une importante étude à l'article 93³⁴, rapportent que, à l'époque de l'adoption de la Constitution de 1867, lord Carnarvon, parrain du projet de loi, avait déclaré que le but du futur article 93 était « de garantir à la minorité religieuse d'une province les mêmes droits et privilèges et la même protection dont la minorité religieuse de l'autre province pouvait bénéficier³⁵ ».

32. P. CARIGNAN, *op. cit.*, note 23, pp. 99 et 100.

33. G. PÉPIN, « L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec », (1988) 48 *R. du B.* 427, 433.

34. F. CHEVRETTE, H. MARX et A. TREMBLAY, *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*, Québec, Ministère de l'Éducation, s.d.

35. *Id.*, p. 5. Le même passage est cité dans l'opinion majoritaire de la juge Wilson dans le *Renvoi relatif au Bill 30*, précité, note 30, 1173.

Cette conviction, à savoir que l'adoption de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁶ est le fruit d'un compromis historique, sans lequel la création du Canada sous sa forme fédérale en 1867 n'aurait pas été possible, est partagée par les tribunaux et a maintes fois été exprimée dans des décisions du plus haut tribunal canadien.

Ainsi, par exemple, dans le *Renvoi relatif au Bill 30*, parlant au nom de la majorité, la juge Wilson s'est notamment exprimée comme suit, dans un contexte où il s'agissait de savoir, non pas comment s'y prendre pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁷, mais si les droits ou privilèges en matière d'écoles confessionnelles garantis par cette disposition, ou conférés sous son autorité, pouvaient être contestés en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁸ :

Le compromis ou [...] « l'élément fondamental de la Confédération », consistait en ceci : que les droits et privilèges déjà conférés par la loi au moment de la Confédération seraient sauvegardés et les législatures provinciales pourraient en accorder d'autres au fur et à mesure que les conditions changeaient³⁹.

[...]

Le paragraphe 93 (1) devrait, à mon avis, être interprété de manière à réaliser son objet manifeste qui est d'accorder une solide protection à l'enseignement catholique dans la province de l'Ontario et à l'enseignement protestant dans la province de Québec⁴⁰.

[...]

À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte [canadienne des droits et libertés]* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis confédéral⁴¹.

36. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

37. *Ibid.*

38. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I (art. 1-34) de la *Loi de 1982*, précitée, note 1.

39. *Renvoi relatif au Bill 30*, précité, note 30, 1174.

40. *Id.*, 1194 et 1195. Le professeur Carignan critique ce passage de la façon suivante : « Avec égard, ces propos sont plus affirmatifs que convaincants, car l'analyse historique ne les confirme pas. Certes, l'article 93 (1) est la concrétisation constitutionnelle d'un compromis historique. Comme tel, il est sans tendance idéologique. Il ne vise ni à promouvoir la confessionnalité scolaire, ni à lui faire échec, mais à établir un *modus vivendi* entre ses adeptes et ses adversaires. Aux uns et aux autres, il accorde des marrons : aux premiers, des garanties constitutionnelles ; aux seconds, le confinement de ces garanties aux droits déjà existants. En cas de doute quant à son interprétation, il faut se garder de l'interpréter systématiquement en faveur de la confessionnalité, car ce serait prendre parti pour l'une des parties au compromis. Les contraintes historiques invitent donc l'interprète à s'en tenir aux termes mêmes du compromis, c'est-à-dire à ses tenants et aboutissants » : P. CARIGNAN, *op. cit.*, note 23, pp. 145-146.

41. *Renvoi relatif au Bill 30*, précité, note 30, 1197 et 1198.

[...]

Le compromis confédéral en matière d'éducation se trouve dans l'ensemble de l'art. 93 et non dans ses éléments constitutifs pris individuellement⁴².

Cette analyse des garanties relatives aux écoles confessionnelles comme incorporant un compromis fondamental de la Confédération a de nouveau été confirmée dans le plus récent jugement de la Cour suprême sur l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴³. En effet, s'exprimant au nom de la Cour, le juge Gonthier déclare notamment ce qui suit dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*⁴⁴ : « Il est unanimement reconnu que l'art. 93 est l'expression d'un désir de compromis politique. Il a permis l'atténuation de conflits religieux qui menaçaient la réalisation de l'Union. À l'époque, les mésententes entre les populations portaient plus sur la religion que sur la langue⁴⁵. »

Nous avons insisté sur l'analyse de l'article 93 comme « compromis fondamental de la Confédération » parce que, comme on le verra plus loin, certaines conséquences sont susceptibles d'en découler en ce qui concerne la modification de cette disposition constitutionnelle.

Il faut donc aborder à présent l'examen des articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁶ qui prévoient les diverses modalités permettant la modification de la Constitution du Canada.

2. L'économie générale des cinq modalités de la procédure de modification de la Constitution du Canada prévue dans les articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

La procédure de modification constitutionnelle qui figure dans la Partie V (art. 38-49) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁷ se divise en cinq modalités⁴⁸. Les articles 44 et 45 permettent la modification de certaines parties de la Constitution du Canada par simple loi fédérale ou provinciale. Ils reconstituent le pouvoir de modification du Parlement fédéral et celui des législatures provinciales qui existaient déjà sous l'empire de la *Loi*

42. *Id.*, 1198.

43. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

44. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, note 2.

45. *Id.*, 529 et 530.

46. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

47. *Ibid.*

48. Pour une étude plus systématique de la procédure de modification constitutionnelle prévue dans les articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, voir : J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING : *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du Régime français à nos jours*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, t. 1, 1994, pp. 487 et suiv.

*constitutionnelle de 1867*⁴⁹. Les trois autres procédures sont plus complexes et nécessitent une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives d'un nombre variable de provinces. Parmi les trois procédures complexes, deux peuvent être considérées comme « spéciales », dans le sens qu'elles ne s'appliquent qu'à certaines questions qui sont expressément énumérées ou précisément définies : il s'agit, d'une part, de la procédure de l'unanimité, qui exige le consentement de toutes les provinces (art. 41), et, d'autre part, de la procédure que l'on peut qualifier comme étant celle de « l'unanimité sélective », car elle exige le consentement de toutes les provinces « concernées » (art. 43). La troisième procédure, qui réclame l'accord des deux tiers des provinces (regroupant au moins la moitié de la population), peut être qualifiée de « générale », puisqu'elle s'applique à toutes les modifications pour lesquelles aucune des quatre autres procédures n'est utilisable (art. 38-40 et 42). Il est à remarquer que l'article 47 (1) prévoit que, dans le cadre des trois procédures complexes réclamant un accord fédéral-provincial, le Sénat ne dispose que d'un droit de veto suspensif auquel la Chambre des communes peut passer outre si, après l'expiration d'un délai de 180 jours suivant l'adoption d'une première résolution d'agrément, elle adopte une nouvelle résolution dans le même sens.

L'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce ce qui suit :

41. Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

- a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur ;
- b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie ;
- c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais ;
- d) la composition de la Cour Suprême du Canada ;
- e) la modification de la présente partie.

Comme on le constate, les droits relatifs aux écoles confessionnelles garantis par l'intermédiaire de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁰ ne font pas partie des rubriques mentionnées dans l'article 41 et ne sauraient pas davantage être considérés comme visés implicitement par ces rubriques ou comme pouvant s'y ramener par interprétation.

49. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

50. *Ibid.*

L'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵¹ dispose ceci :

44. Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

Manifestement, les droits confessionnels garantis par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵² ne sont pas visés par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵³ et ne tombent pas, par conséquent, dans le champ du pouvoir « unilatéral » de modification constitutionnelle du Parlement fédéral. Rappelons d'ailleurs que l'actuel article 44 ne fait que « continuer » l'ancien article 91 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁴, dans lequel le pouvoir de modification du Parlement canadien était défini de façon à en exclure expressément les droits garantis à l'article 93 de la même loi :

La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, *ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle*, à la législature ou au gouvernement d'une province, *ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles*, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le Parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque Chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre ; toutefois, le Parlement du Canada peut prolonger la durée d'une Chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

L'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵⁵ énonce ceci :

45. Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

En combinant l'article 45 avec l'article 41 a), qui prévoit que les modifications relatives à la charge de reine, de gouverneur général et de lieutenant-gouverneur exigent le consentement des deux Chambres fédérales et de toutes les assemblées législatives provinciales, l'on s'aperçoit que le nouveau pouvoir de modification des législatures des provinces équivaut à celui qui était prévu par l'ancien article 92 (1) de la *Loi cons-*

51. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

52. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

53. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

54. *Loi de 1867*, précitée, note 1 ; l'italique est de nous.

55. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

titutionnelle de 1867⁵⁶, qui disposait que, dans chaque province, la législature pourrait légiférer notamment sur « [l']amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf la charge de lieutenant-gouverneur ». Cela signifie donc que l'interprétation donnée par les tribunaux à l'article 92 (1) avant 1982 pourra être transposée à l'article 45, notamment en ce qui concerne le contenu de la « constitution de la province » et les limites du pouvoir constituant provincial que la jurisprudence a fait découler des conditions de l'union de 1867 et du principe fédéral.

Au sens de l'article 45, la constitution d'une province comprend notamment les dispositions de la Constitution du Canada⁵⁷ (y compris la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁸) qui concernent précisément la province considérée (ce qui soulève d'ailleurs, comme on le verra plus loin, certains problèmes d'interprétation en ce qui a trait à la coexistence de la procédure prévue dans l'article 45 et de celle qui est prévue dans l'article 43 pour la modification des dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement).

Pourrait-on dès lors prétendre que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁹, dans la mesure où il s'applique au Québec, fait partie de la constitution provinciale québécoise et peut être modifié par une loi ordinaire adoptée par la législature du Québec ? Bien sûr, comme nous l'avons mentionné précédemment, les paragraphes 1, 3 et 4 de l'article 93 ne s'appliquent pas uniquement au Québec, mais également à cinq autres provinces. Mais cette objection pourrait peut-être se voir écartée par un raisonnement insistant sur le fait que l'article 93 (1) ne fait que renvoyer au droit préconfédéral existant et qu'il est donc, dans sa portée concrète, différent et particulier pour chacune des provinces auxquelles il s'applique. En effet, ce sont les lois préconfédérales auxquelles renvoie le mécanisme d'enchâssement qui établissent la véritable substance de l'article 93. Or, comme elles sont différentes pour chaque province, l'article 93 lui-même pourrait être considéré comme différent et « unique » dans son application à chacune d'entre elles.

56. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

57. L'article 52 (2) de la *Loi de 1982*, précitée, note 1, énonce ce qui suit : « La Constitution du Canada comprend : a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi ; b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe ; c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b). » Par ailleurs, 30 textes législatifs et décrets figurent à l'annexe, dont 24 seulement sont encore en vigueur.

58. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

59. *Ibid.*

Quel que soit l'attrait de l'argument qui vient d'être évoqué, il existe cependant deux raisons qui amènent, de façon péremptoire, à la conclusion que l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁰ ne saurait être utilisé pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶¹. La première découle de l'examen du texte même des articles 45 et 93 et la seconde de la jurisprudence relative à l'ancien article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶², que l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶³ est venu remplacer sans en modifier la substance.

Dans chaque province, l'article 93 confère à la législature le pouvoir de décréter des lois relatives à l'éducation, « sujettes et conformes » aux droits garantis en matière d'écoles confessionnelles. Il est donc clair que le pouvoir législatif des législatures provinciales en matière d'éducation est expressément *limité* par ces garanties. Par ailleurs, en vertu d'un pouvoir législatif de même nature, mais exprimé de façon plus générale, la législature est autorisée, aux termes de l'ancien article 92 (1) et du nouvel article 45, à modifier la « constitution de la province ». Si l'on devait admettre que l'article 93 fait partie de la « constitution » du Québec et que la législature québécoise peut le modifier par une simple loi, cela reviendrait à l'autoriser à faire, en vertu d'une disposition générale, ce que l'article 93, qui est une disposition plus particulière, lui interdit précisément — et expressément — de faire. Le pouvoir législatif « ordinaire » de la législature provinciale et le pouvoir « constituant unilatéral » que lui attribue l'article 45 sont en réalité de même nature puisqu'ils s'exercent selon les mêmes modalités procédurales et aboutissent l'un et l'autre à l'adoption d'une loi ordinaire. Par conséquent, une législature ne saurait aboutir, par l'intermédiaire de son pouvoir « constituant unilatéral », à des résultats auxquels elle ne pourrait pas parvenir par l'entremise de son pouvoir législatif ordinaire. Par contre, l'assemblée législative provinciale pourra peut-être atteindre ce même but en utilisant, conjointement avec les deux Chambres du Parlement fédéral, le « pouvoir constituant bilatéral » que leur attribue l'article 43, du moins si la modification recherchée, tout en échappant à l'article 45, ne s'applique qu'à la province en cause⁶⁴.

60. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

61. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

62. *Ibid.*

63. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

64. La différence entre le « pouvoir constituant unilatéral » des législatures provinciales et du Parlement fédéral (art. 44 et 45) et le « pouvoir constituant spécial » qu'exercent conjointement les deux Chambres fédérales et les assemblées législatives provinciales (art. 38-40 et 42, 41 et 43) se marque également dans le fait que le premier est soumis à la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 38, ce qui n'est pas le cas du deuxième ; voir notamment : *Renvoi : circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991]

La deuxième raison pour laquelle l'article 93 ne saurait être modifié par le pouvoir constituant unilatéral de la législature provinciale réside dans le fait qu'il est, comme on l'a souligné, le fruit d'un compromis fondamental qui a permis la Confédération. Or, il existe des arrêts portant sur l'interprétation de l'ancien article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶⁵ dans lesquels la Cour suprême a conclu qu'une disposition issue d'un tel compromis échappe au pouvoir provincial de modification constitutionnelle, même si, sous certains aspects, elle pourrait également être considérée comme faisant partie de « la constitution de la province ».

Ainsi, dans la première affaire *Blaikie*⁶⁶, la Cour suprême s'est fondée sur les motifs exposés dans le jugement de la Cour supérieure⁶⁷, où le juge en chef Deschênes avait interprété l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶⁸ à la lumière des débats sur la Confédération pour y découvrir que le contenu de cette disposition est le fruit d'un arrangement politique en vertu duquel les garanties linguistiques applicables aux organes législatifs et judiciaires fédéraux sont la contrepartie de celles qui existent, dans les mêmes domaines, pour la province de Québec. Dès lors, le « volet québécois » de l'article 133 et son « volet fédéral » devaient être considérés comme inséparables l'un de l'autre, et il devenait évidemment impossible d'affirmer que cette disposition se rapporte exclusivement à la « constitution de la province ». En d'autres termes, la Cour supérieure et, à sa suite, la Cour suprême ont jugé que l'article 133 est « indivisible » dans la mesure où le bilinguisme institutionnel qu'il définit forme une des conditions de l'union fédérative, et, par conséquent, le Québec ne peut modifier l'article unilatéralement.

Cette position a été par la suite réaffirmée de façon plus générale dans l'arrêt *SEFPO*⁶⁹. Dans cette affaire, le juge Beetz, pour la majorité, a indiqué que des dispositions constitutionnelles peuvent échapper au pouvoir de modification des provinces : a) parce qu'elles sont essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral, ou b) parce que, « pour des raisons historiques, elles [constituent] une condition fondamentale de l'union for-

2 R.C.S. 158, 179; *MacLean v. A.G. Nova Scotia*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 306 (C.S. N.-É.); *Penikett v. Canada*, (1988) 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A. Yukon); *Sibbeston v. Canada Attorney-General*, (1988) 48 D.L.R. (4th) 691 (C.A. T.N.O.).

65. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

66. *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (ci-après cité : « *Blaikie* »). Au même effet, voir également : *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

67. *Blaikie c. Procureur général du Québec*, [1978] C.S. 37, 52 et 58.

68. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

69. *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2.

mée en 1867⁷⁰ ». Il a également semblé admettre la proposition plus générale « que le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien⁷¹ ».

Par conséquent, il faut conclure que les éléments de la Constitution du Canada qui seraient considérés comme des conditions fondamentales de l'union fédérative échappent au pouvoir constituant provincial, même si, à d'autres points de vue, on pourrait également les considérer comme faisant partie de la « constitution de la province⁷² ».

Une autre idée qu'on semble également pouvoir tirer de cette jurisprudence est qu'un « compromis fondamental » inséré dans la Constitution au moment de la Confédération — et qui constitue une condition de l'union — ne devrait pouvoir être modifié qu'avec l'accord des « parties » intéressées. Ainsi, étant donné le jugement dans l'affaire *Blaikie*⁷³, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁴ n'aurait pu être modifié, avant 1982, que par une loi britannique adoptée par le Parlement de Westminster à la demande des autorités fédérales canadiennes, probablement avec l'accord du Québec si la modification avait porté sur la « partie québécoise » de l'article 133, et avec un « degré appréciable de consentement provincial » si la modification avait porté sur la « partie fédérale » de cet article. Depuis 1982, la modification de cette « partie fédérale » de l'article 133 exige l'accord des deux Chambres fédérales et de chaque assemblée législative provinciale, conformément à l'article 41 c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁵. Quant à la « partie québécoise » de l'article 133, elle peut être modifiée, selon la plupart des auteurs, par accord entre les deux Chambres fédérales et l'assemblée législative du Québec, conformément à

70. *Id.*, 40.

71. *Id.*, 47.

72. Comme nous l'avons souligné plus haut, le paragraphe 2 de l'article 93 de la *Loi de 1867*, précitée, note 1, ne s'applique qu'au Québec. Cependant, sa mise en œuvre est intimement liée aux trois autres paragraphes de l'article et l'on peut donc, à juste titre, considérer qu'il fait indivisiblement partie d'un compromis unique. C'est d'ailleurs ce que semble vouloir dire la juge Wilson dans le *Renvoi relatif au Bill 30*, précité, note 30, 1198, lorsqu'elle déclare : « Le compromis confédéral en matière d'éducation se trouve dans l'ensemble de l'art. 93 et non dans ses éléments constitutifs pris individuellement. »

73. *Blaikie*, précité, note 66.

74. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

75. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

l'article 43 b) de la même loi⁷⁶. Autrement dit, les modalités expressément prévues dans la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁷ pour la modification de l'article 133 confirment en quelque sorte *a posteriori* le principe dégagé jurisprudentiellement dans l'affaire *Blaikie*⁷⁸.

Si le fait qu'une disposition constitutionnelle puisse être considérée comme un « compromis de la Confédération » (ou une « condition de l'union ») fait en sorte qu'elle ne devrait pouvoir être modifiée qu'avec l'accord des parties originaires au compromis, cela pourrait non seulement écarter l'application de l'article 45 (le pouvoir constituant unilatéral des provinces), mais également entraîner certaines conséquences sur la mise en œuvre de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁹ qui prévoit la modification des dispositions constitutionnelles qui ne s'appliquent qu'à certaines provinces.

3. La procédure de modification applicable dans le cas de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Comme nous l'avons vu précédemment, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁰ ne peut être modifié ni par le Parlement fédéral agissant seul, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸¹, ni par la législature du Québec agissant seule, en vertu de l'article 45 de la même loi. Par ailleurs, on a également constaté qu'il n'était pas nécessaire de recourir à la procédure de l'unanimité prévue dans l'article 41. Par conséquent, il ne reste qu'à examiner la possibilité d'utiliser l'article 43, qui permet la modification des dispositions constitutionnelles qui ne s'appliquent qu'à certaines provinces (et qui ne tombent pas déjà dans le champ d'application de l'article 45). Si, pour quelque raison, il fallait conclure que la procédure prévue dans l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸² ne peut pas servir pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸³, celui-ci ne pourrait alors être modifié qu'en vertu de l'article 38, qui

76. Dans ce sens, voir notamment : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 29, pp. 83 et 84 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 753 et 754. Il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul auteur qui prétende que la « partie québécoise » de l'article 133 doit être modifiée selon l'article 41 c) plutôt que selon l'article 43 b) ; voir : B. PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21 *R.G.D.* 223.

77. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

78. *Blaikie*, précité, note 66.

79. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

80. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

81. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

82. *Ibid.*

83. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

exige l'accord des deux Chambres fédérales et d'au moins sept assemblées législatives provinciales, à la condition supplémentaire que la population des sept provinces ayant consenti à la modification représente au moins 50 p. 100 de la population de toutes les provinces (art. 38). Si, par contre, l'article 43 s'applique à la modification de l'article 93, il restera à déterminer s'il suffit que le Québec donne son accord à cette fin, en plus des deux Chambres fédérales, ou si l'accord d'une ou de plusieurs autres provinces est également requis.

L'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸⁴ dispose ceci :

43. Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

- a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales ;
- b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province.

La version anglaise de l'article 43, qui semble plus précise que la version française, se lit comme suit⁸⁵ :

43. Any amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including

- a) any alteration to boundaries between provinces, and
- b) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province

may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

La procédure de l'article 43 soulève une difficulté, dans la mesure où elle semble entrer en concurrence avec celle qui est prévue dans l'article 45. En effet, un grand nombre de dispositions qui ne s'appliquent qu'à une seule province — et pourraient donc tomber sous le coup de l'article 43 — font partie de la constitution de cette province (à l'intérieur de la Constitution du Canada) et, par conséquent, peuvent également être considérées comme visées par l'article 45. Pour ne prendre qu'un cas parmi beaucoup d'autres, l'article 71 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁶, qui porte sur la composition de la législature du Québec, fait partie de la Constitution provinciale du Québec et ne s'applique qu'au Québec. Avant

84. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

85. Conformément à l'article 57 de la *Loi de 1982*, précitée, note 1, « Les versions française et anglaise de la présente loi ont également force de loi. »

86. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

1982, sous le régime de l'article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁷, la législature du Québec a pu abolir sa chambre haute par une loi ordinaire⁸⁸. Faut-il croire qu'elle ne pourrait plus le faire — ou qu'elle ne pourrait créer une nouvelle seconde chambre — qu'avec l'accord du Sénat et de la Chambre des communes, conformément à l'article 43 ? Le fait d'exiger la procédure prévue dans l'article 43 pour modifier les dispositions faisant partie des constitutions provinciales aurait évidemment pour effet de vider le pouvoir constituant des provinces, prévu dans l'article 45, de l'essentiel de son contenu. Cela signifierait que les provinces ont perdu, en 1982, la majeure partie du pouvoir constituant dont elles disposaient depuis 1867 (et même avant). Pour éviter cette conséquence absurde, l'article 43 doit être interprété en tenant compte du pouvoir constituant des provinces en vigueur avant 1982, dont l'article 45 maintient à la fois l'existence et la portée. Par conséquent, parmi les dispositions qui s'appliquent seulement à une province, l'article 43 vise uniquement celles qui ne peuvent pas être considérées comme faisant partie de la constitution de cette province, au sens de l'article 45, ou qui, tout en pouvant, sous un certain angle, être considérées comme faisant partie de la constitution provinciale, transcendent néanmoins le seul intérêt de la province en question.

Étant donné que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁹ ne s'applique qu'à six provinces, il semble clair qu'il devra être modifié selon les modalités prévues dans l'article 43, plutôt que selon celles qui sont prévues dans les articles 38 à 40 et 42 (la procédure générale de modification). Il reste donc à déterminer s'il suffit que le Québec donne son accord à cette fin, en plus des deux Chambres fédérales (c'est l'hypothèse de la modification « bilatérale »), ou si l'accord d'une ou de plusieurs autres provinces est également requis.

87. *Ibid.*

88. *Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, c. 9. Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 74, dans lequel la Cour suprême a jugé que le Parlement fédéral ne pouvait, en vertu de l'ancien article 91 (1) de la *Loi de 1867*, précitée, note 1, modifier les caractéristiques essentielles du Sénat, elle semble avoir reconnu, en *obiter dictum*, que les provinces du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse et du Québec ont valablement pu abolir leur conseil législatif respectif, en vertu de l'ancien article 92 (1).

89. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

3.1 Les arguments en faveur d'une modification « bilatérale » (par les deux Chambres du Parlement fédéral et l'assemblée législative du Québec)

Deux arguments militent en faveur de la thèse selon laquelle, en application de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁰, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹¹ pourrait être modifié de façon « bilatérale », c'est-à-dire à la suite de résolutions adoptées, d'une part, par le Sénat et la Chambre des communes et, d'autre part, par l'assemblée législative du Québec. Le premier est un argument de texte et le deuxième s'appuie sur le précédent que constitue la *Modification constitutionnelle de 1987* pour Terre-Neuve.

3.1.1 L'application littérale de la version anglaise de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Pour la modification des dispositions constitutionnelles applicables à certaines provinces seulement, c'est-à-dire une ou plusieurs, mais non toutes, l'article 43 réclame le consentement des deux Chambres fédérales et de l'assemblée législative de « chaque province concernée ». Il y a donc exigence d'une « unanimité sélective », c'est-à-dire l'accord de toutes les provinces touchées, mais uniquement de celles-là. Si l'on tient compte de la version anglaise, plus précise, qui se lit « each province to which the amendment applies », il faut conclure que l'assentiment requis est celui, non pas de la ou des provinces auxquelles la *disposition destinée à être modifiée (provision)* s'applique, mais de celle(s) qui est(sont) visée(s) par la *modification (amendment)* adoptée en vertu de l'article 43⁹². Autrement dit, c'est la disposition à modifier qui conditionne le choix de l'article 43, mais c'est la modification envisagée qui conditionne sa mise en œuvre, c'est-à-dire le nombre de provinces qui doivent consentir (parce que la

90. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

91. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

92. Sur l'interprétation parallèle des deux versions, anglaise et française, des textes constitutionnels qui font foi dans les deux langues, le professeur Hogg écrit ce qui suit : « The rule that is most helpful is addressed to the case where one language version is doubtful or ambiguous and the other is clear ; in that case, the doubt or ambiguity is resolved by reference to the clear version [l'auteur donne des exemples d'arrêts où cette approche a été appliquée à l'interprétation de la *Loi de 1982*, précitée, note 1]. This rule is really a species of the more general rule that, where there is a divergence between the two language versions, that meaning should be selected that is compatible with both versions. However, the meaning selected must be reasonable in the context of the statute. If one language version gives better effect to the purpose of the statute, then that version should be selected, even if a narrower meaning would be common to both versions » : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 29, p. 1202.

modification — et non la disposition à modifier — s'applique à elles). Il est vrai que, dans beaucoup de cas, la ou les provinces touchée(s) par la modification seront précisément celles auxquelles la disposition modifiée s'appliquait au départ (comme c'est le cas pour la *Modification constitutionnelle de 1987* pour Terre-Neuve qui sera examinée plus loin). Mais il n'en sera pas toujours ainsi, comme l'illustre notamment l'hypothèse suivante : la modification des articles 17 (2) à 20 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹³, qui prévoient un certain bilinguisme officiel et qui ne s'appliquent actuellement qu'au Nouveau-Brunswick, afin de les rendre applicables à une autre province, l'Ontario par exemple, ne devrait recevoir que l'assentiment des Chambres fédérales et de cette dernière province, qui serait la seule à laquelle la modification s'appliquerait (« to which the amendment applies »)⁹⁴.

Dans notre cas, bien que l'article 93 s'applique actuellement à six provinces, les modifications qui pourraient être adoptées pour en modifier la portée pour le Québec, voire pour le supprimer purement et simplement dans son application à cette province, ne s'appliqueraient évidemment qu'au Québec et n'empêcheraient pas l'article 93 de continuer à s'appliquer aux autres provinces qu'il vise.

Par conséquent, si l'on s'en tient au sens littéral de la version anglaise de l'article 43, les modifications à l'article 93 « applicables » uniquement au

93. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 38.

94. Le professeur Hogg semble donc se tromper lorsqu'il écrit que « [a] number of language provisions apply only to Quebec or Manitoba or New Brunswick [l'article 133 de la *Loi de 1867*, précitée, note 1 ; l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, précitée, note 14 ; les articles 16 (2) à 20 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 38]. For the amendment of provisions of this kind, s. 43 requires authorizing resolutions of only those provinces to which the provision applies (as well as the Senate and House of Commons) » : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 29, pp. 83-84. Avec égards, il nous semble que le seul assentiment requis est celui de la ou des province(s) auxquelles s'applique la modification en cause (et non la disposition à modifier). Dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, 579, au nom de la majorité, le juge Beetz a exprimé l'avis, en *obiter dictum*, que la procédure de l'article 43 de la *Loi de 1982*, précitée, note 1, pourrait être utilisée pour rendre applicables à d'autres provinces, en totalité ou en partie, les articles 16 à 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 38 : « L'article 43 prévoit la modification des dispositions de la Constitution applicables à certaines provinces seulement et exige que cela se fasse par des « résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée ». Il est de notoriété publique qu'on s'attendait à ce que certaines provinces autres que le Nouveau-Brunswick, abstraction faite du Québec et du Manitoba, finissent par adhérer volontairement à la totalité ou à une partie du régime constitutionnel prescrit par les articles 16 à 22 de la *Charte*, et une procédure souple de modification de la Constitution a été prévue pour que cette progression dans le domaine des droits linguistiques puisse se réaliser. »

Québec et visant à augmenter, à diminuer ou à supprimer les garanties relatives aux écoles confessionnelles devraient pouvoir se faire par proclamation du gouverneur général, autorisée par des résolutions de chacune des deux Chambres fédérales et de l'assemblée législative du Québec⁹⁵.

Cette conclusion pourrait cependant être modifiée si l'on donnait au verbe *applies*, dans l'expression « each province to which the amendment applies », un sens nettement plus large que le sens juridique habituel. Ainsi, certains dictionnaires indiquent un des sens du verbe *apply* comme étant « to have some connection⁹⁶ ». On pourrait alors prétendre qu'une modification des garanties en matière d'écoles confessionnelles « applicable » uniquement au Québec aurait néanmoins des « liens » avec la situation en Ontario. Une telle approche pourrait être confortée en mettant l'accent sur la version française de l'article 43, qui prévoit le consentement de « chaque province concernée ». Cette expression est ambiguë et peut signifier autant les provinces visées par la *disposition à modifier* que celles qui sont touchées par la *modification* en cause. En outre, le sens du mot « concernée » fait en sorte que l'on pourrait considérer que des provinces auxquelles une modification constitutionnelle ne « s'applique » pas peuvent néanmoins être « concernées » par elle. Nous examinerons cette question plus loin.

3.1.2 Le précédent de la *Modification constitutionnelle de 1987* pour Terre-Neuve

En 1987, l'article 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve, annexées à la *Loi sur Terre-Neuve*⁹⁷, qui a fait entrer cette province dans la fédération canadienne, a été modifié conformément à la procédure prévue dans l'article 43. La proclamation du gouverneur général a été autorisée par des résolutions de chacune des deux Chambres fédérales et de l'Assemblée législative de Terre-Neuve⁹⁸. Par conséquent, la modification s'est faite de

95. Par contre, les modifications au préambule de l'article 93, qui confère à la législature provinciale le pouvoir exclusif de faire des lois relatives à l'éducation, exigeraient le recours à la procédure générale de modification prévue dans les articles 38 à 40 et 42 de la *Loi de 1982*, précitée, note 1. En effet, l'article 40 renvoie à l'article 38 et mentionne l'éducation comme une matière pour laquelle une compensation doit être fournie s'il y a transfert de la compétence législative au Parlement fédéral et « désaccord » de la part d'une ou de plusieurs provinces (trois au maximum). Dans le même sens, voir : G. TREMBLAY, « La procédure de modification de la Constitution du Canada et ses puzzles », (1983) 43 *R. du B.* 1151, 1157.

96. *International Webster New Encyclopedic Dictionary of the English Language*, New York, Tabor House, 1973, p. 50.

97. *Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada*, précitées, note 17.

98. *Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR 88/11.

façon « bilatérale ». Étant donné que l'article 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve⁹⁹ s'applique, pour cette province, au lieu de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁰, il est tentant de considérer la *Modification constitutionnelle de 1987* comme un précédent permettant de conforter la thèse selon laquelle l'article 93 pourrait lui aussi être modifié de façon bilatérale pour ce qui est de son application au Québec.

Cependant, trois considérations doivent être soulignées qui affaiblissent la force de précédent de la *Modification constitutionnelle de 1987* à l'égard de la situation québécoise.

En premier lieu, soulignons que l'article 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve¹⁰¹ ne s'applique qu'à la province de Terre-Neuve, alors que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰² s'applique, comme on le sait, à six provinces, dont le Québec.

En deuxième lieu, les arrangements en matière d'écoles confessionnelles qui sont enchâssés dans l'article 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve¹⁰³ ne constituent pas un « compromis fondamental de la Confédération » et n'intéressent aucune autre province. Sans doute peut-on prétendre qu'ils constituent une des conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada, mais cette condition fait partie d'une entente qui ne lie que Terre-Neuve, d'une part, et, d'autre part, le Canada dans son ensemble, représenté par les autorités fédérales. La preuve en est que l'entrée de Terre-Neuve dans la fédération canadienne a été réalisée par l'adoption d'une modification constitutionnelle en 1949, la *Loi sur Terre-Neuve*¹⁰⁴, qui a été adoptée par le Parlement de Westminster à la demande des autorités fédérales canadiennes, *sans que les provinces soient consultées*¹⁰⁵.

Par conséquent, dans le cas de la *Modification constitutionnelle de 1987*, non seulement Terre-Neuve est-elle la seule province à laquelle s'appliquent la disposition faisant l'objet de la modification et la modification en cause, mais elle est aussi la seule province « concernée » par la modification. Par contre, dans le cas d'une modification de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁶ qui ne s'appliquerait qu'au Québec, il s'agirait d'une situation où la *disposition à modifier* s'applique à six provin-

99. *Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada*, précitées, note 17.

100. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

101. *Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada*, précitées, note 17.

102. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

103. *Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada*, précitées, note 17.

104. *Loi sur Terre-Neuve*, précitée, note 17.

105. G. FAVREAU, *Modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, p. 14.

106. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

ces, bien que la *modification* en cause ne s'applique qu'à l'une d'entre elles. En outre, comme nous le verrons plus loin de façon détaillée, on pourrait également prétendre qu'une telle modification, bien qu'elle ne s'applique qu'au Québec, « concerne » également les autres provinces (ou du moins certaines d'entre elles) qui sont parties au « compromis » qui a donné lieu à l'adoption de l'article 93.

Enfin, il faut souligner que la *Modification constitutionnelle de 1987* pour Terre-Neuve a eu pour effet d'*augmenter* la portée des garanties enchâssées dans l'article 17 en matière d'écoles confessionnelles. En effet, cette modification avait pour objet d'ajouter un paragraphe supplémentaire à l'article 17 de façon à garantir les droits en matière d'éducation des pentecôtistes de Terre-Neuve, qui ne faisaient pas partie en 1949 des diverses associations religieuses autorisées à ouvrir des écoles confessionnelles et qui étaient visées à l'époque par l'article 17.

Par contre, une modification de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁷ pour le Québec aurait pour objet, dans le contexte actuel où le Québec cherche à restructurer son système scolaire sur la base de structures linguistiques plutôt que des structures confessionnelles, de *diminuer*, voire de *supprimer* purement et simplement, les garanties en matière d'écoles confessionnelles.

Or, il ne semble guère contestable que la procédure de modification constitutionnelle doit s'appliquer en tenant compte de la nature et de la portée de la modification envisagée¹⁰⁸. Après tout, il ne serait pas illogique de considérer que la modification d'une disposition constitutionnelle pour *supprimer* certaines garanties devrait exiger une procédure différente de celle qui est applicable à l'*augmentation* des garanties en cause. Comme nous le verrons plus loin, on pourrait prétendre que la *suppression* ou la *diminution* des garanties confessionnelles de l'article 93 — pour le Québec — violerait le compromis confédéral, alors que leur *augmentation* unilatérale n'aurait évidemment pas le même effet.

Enfin, il faut rappeler qu'en matière constitutionnelle les considérations politiques ont une importance non négligeable sur les décisions des tribunaux, même si ces derniers essaient généralement de n'en laisser rien

107. *Ibid.*

108. En ce sens, voir G. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 95, 1157-1158. Dans le *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, précité, note 88, 76-77, la Cour suprême laisse entendre que les modalités requises pour modifier l'âge de retraite des sénateurs pourraient changer selon l'ampleur de la réduction des fonctions (à partir d'un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement de la Chambre haute).

paraître. Il n'est pas interdit de penser que les magistrats appelés à se prononcer sur la question seraient enclins à *faciliter* une modification constitutionnelle destinée à augmenter la portée des droits confessionnels de l'article 93 et, à l'inverse, à rendre *plus malaisée* une modification destinée à les réduire ou à les supprimer. Or, comme on le verra maintenant, il existe des arguments non négligeables qui permettent de prétendre que l'article 93 ne saurait être modifié « bilatéralement », même si la modification projetée ne devait s'appliquer qu'au Québec.

3.2 Les arguments contre une modification bilatérale

À notre avis, les principaux arguments susceptibles d'être soulevés contre la thèse de la modification « bilatérale » de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁹ sont au nombre de deux et portent respectivement sur le texte français de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹⁰ et sur la nature de l'article 93 comme « compromis fondamental de la Confédération ». Les deux arguments pourraient être présentés conjointement, l'un renforçant l'autre, ou de façon autonome.

3.2.1 Le caractère ambigu de la version française de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Comme on l'a noté, la version française de l'article 43 est moins précise et moins claire que la version anglaise puisqu'elle réclame, pour la modification d'une disposition « applicable à certaines provinces seulement », l'accord des deux Chambres fédérales et « de chaque province concernée », plutôt que l'accord de « chaque province à laquelle la modification s'applique » (comme c'est le cas pour la version anglaise).

Le verbe « concerner » est défini de la façon suivante par le *Petit Robert* : « 1. Avoir rapport à, s'appliquer à. V. Intéresser, porter (sur), rapporter (se rapporter à), regarder, toucher [...] 2. (au passif ou au p.p. ; emploi critiqué, signalé par Littré, répandu par l'infl. de l'anglais). Être concerné, intéressé, touché (par qqch.) ; avoir affaire avec [...] »¹¹¹.

L'expression « chaque province concernée » est ambiguë dans la mesure où elle peut s'interpréter comme visant soit toutes les provinces visées *par la modification*, soit toutes les provinces visées *par la disposition à modifier*. Si l'on retient la deuxième interprétation, cela signifie indubitablement qu'il faut l'accord de toutes les provinces auxquelles l'article 93

109. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

110. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

111. *Le Petit Robert I — Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1985, p. 356.

s'applique. Mais même si l'on retient la première interprétation, il reste possible de prétendre qu'une modification qui ne *s'applique* qu'au Québec (dans le sens juridique habituel du terme) « concerne », c'est-à-dire « intéresse », « touche », « regarde » les cinq autres provinces auxquelles s'applique l'article 93, ou du moins certaines d'entre elles.

Normalement, lorsqu'un texte législatif ou constitutionnel fait foi dans les deux langues et qu'une version est plus claire et plus précise que l'autre, c'est la version offrant le plus de précision et de clarté qui doit être retenue, puisque ce choix fait disparaître les difficultés d'interprétation. Cependant, si la version moins claire permet de mieux respecter l'intention du rédacteur du texte, telle qu'elle est découverte par d'autres moyens d'interprétation, il est sûrement légitime de la préférer à la version plus claire¹¹². Or, comme nous l'avons mentionné précédemment, la Cour suprême du Canada, dans diverses décisions, a qualifié l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹³ comme étant issu d'un « compromis fondamental de la Confédération »¹¹⁴. Dans ce contexte, il serait logique d'interpréter l'article 43 comme exigeant, pour la modification d'un tel « compromis », l'accord de toutes les « parties » et comme interdisant par conséquent une modification par une seule d'entre elles. Or, comme nous venons de le voir, la version française permet plus facilement d'arriver à ce résultat que la version anglaise.

Cependant, la version anglaise n'est pas totalement incompatible avec une telle interprétation, car le verbe « applies » peut recevoir, comme nous l'avons vu précédemment, un sens plus large que le sens juridique habituel et signifiant « to have some connection »¹¹⁵. La question a été soulevée par le professeur Stephen Scott, qui a examiné de façon approfondie le fonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle et, en particulier, la modalité prévue dans l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹⁶:

112. Voir *supra*, note 92. Voir également : P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, pp. 274-282 : « Dans un second type de situation, une version est ambiguë, c'est-à-dire susceptible de plus d'un sens, et l'autre claire, c'est-à-dire non équivoque. Le sens commun aux deux versions, qu'il faut *a priori* préférer, est celui de la version claire [p. 278] [...] Le travail de l'interprète ne devrait cependant jamais être jugé complètement accompli une fois que le sens commun a été établi. Il faut, dans tous les cas, se reporter aux autres dispositions de la loi pour vérifier si ce sens commun est bien compatible avec l'intention du législateur telle qu'on peut la déduire en appliquant les règles ordinaires d'interprétation [p. 279]. »

113. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

114. Voir *supra*, notes 66 à 71 et le texte correspondant.

115. Voir *supra*, note 96 et le texte correspondant.

116. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

An amendment under section 43 requires the consent of the legislative assembly of « each province to which the amendment applies ». Applies in what sense ? Normally the question should cause no difficulty. But suppose, for example, that the Atlantic provinces are to be amalgamated [...] If section 43 has any application — bearing in mind of course that alterations of interprovincial boundaries are involved — is the assent of the *Quebec* assembly required ? If the amendment is carried, the Quebec boundary will of course remain in the same place. But it will, in part, be in one sense a new boundary, i.e. a boundary with a new province¹¹⁷.

Si l'on pouvait démontrer qu'une modification fusionnant les provinces de l'Atlantique « s'applique » au Québec parce qu'elle change la nature (et non pas le tracé) d'une de ses frontières, il ne devrait pas être impossible de prétendre qu'une modification qui restreint ou supprime les garanties confessionnelles de l'article 93 pour ce qui est du Québec « s'applique » également aux autres provinces visées par cet article, du moins celles qui sont parties au « compromis » qui est à son origine.

3.2.2 La nature de « compromis fondamental de la Confédération » de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Le fait que l'article 93 soit issu, selon la Cour suprême du Canada, d'un « compromis fondamental de la Confédération », milite évidemment contre la thèse voulant qu'il puisse être modifié « bilatéralement », c'est-à-dire à la suite de résolutions adoptées par les deux Chambres fédérales, d'une part, et par l'assemblée législative *d'une seule* des six provinces auxquelles cet article s'applique, d'autre part. Comme on l'a vu précédemment, le fait que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁸ soit issu d'un compromis a amené les tribunaux à le soustraire au pouvoir de modification unilatéral du Québec. En outre, à l'article 43 b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹⁹, le constituant a subordonné la modification de la « partie québécoise » de l'article 133 à l'accord des deux « parties », à savoir le Québec, d'une part, et les autorités fédérales, de l'autre. Il n'est donc pas exclu que les tribunaux en arrivent à la conclusion, dans le cas de l'article 93, qu'il ne saurait être modifié sans l'accord des parties au compromis qu'il constitue.

La nécessité de l'accord des autorités fédérales pour modifier l'article 93 ne sera sans doute pas considérée comme suffisante, car les « obligations » qui résultent de l'article 93 — et du « compromis » auquel il donne suite — ne s'imposent pas à elles (comme c'est le cas, par exemple, pour les obligations linguistiques prévues dans l'article 133 de la *Loi constitution-*

117. S.A. SCOTT, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes », (1982) 20 *University of Western Ontario Law Review* 247, 298.

118. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

119. *Loi de 1982*, précitée, note 1.

nelle de 1867¹²⁰), mais aux provinces auxquelles l'article 93 s'applique. Dans la mesure où l'article 93 présente un caractère synallagmatique (ou conventionnel), les obligations réciproques entre les parties sont à la charge des provinces. Historiquement, le « compromis » ne résulte pas d'une entente entre le Québec et les autorités fédérales, mais entre le Québec et les autres provinces présentes à l'origine de la Confédération (ou, du moins, l'une de ces provinces, comme on le verra plus loin).

Si la thèse du « compromis » amenait les tribunaux à rejeter l'hypothèse d'une modification « bilatérale » de l'article 93, devrait-elle également leur faire conclure qu'il est nécessaire que *toutes* les provinces auxquelles cet article s'applique donnent leur consentement à sa modification ?

Comme l'ont bien montré les auteurs qui ont analysé les circonstances historiques entourant l'adoption de l'article 93, notamment le professeur Pierre Carignan, cette disposition, si elle est, dans un sens formel, le fruit d'un compromis entre les quatre provinces d'origine, constitue, dans un sens plus substantiel, une entente entre l'Ontario et le Québec¹²¹. En effet, il s'agissait de protéger les droits en matière d'écoles confessionnelles appartenant, d'une part, à la minorité protestante du Bas-Canada et, d'autre part, à la minorité catholique du Haut-Canada. Par contre, s'il s'applique bien de façon territoriale à la Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, l'article 93 n'a aucun effet substantiel en ce qui concerne ces deux provinces, étant donné que son objet principal est de constitutionnaliser les droits existant avant l'union et qu'il n'existait aucun droit en matière d'écoles confessionnelles, à cette époque, dans ces deux provinces¹²². En fait, on peut aller jusqu'à dire que ces deux provinces n'ont accepté l'article 93 que dans la mesure où elles savaient qu'il ne s'appliquerait pas *réellement* à elles... La même chose est vraie, au demeurant, pour les deux autres provinces auxquelles s'applique territorialement l'article 93, à savoir la Colombie-Britannique et l'Île-du-Prince-Édouard, dans lesquelles il n'existait pas davantage de droits reconnus en matière d'écoles

120. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

121. Même si le Canada-Uni constituait juridiquement une seule entité, les deux Canadas (l'Ontario et le Québec) ont en réalité pris part à la négociation, ce qui s'explique par la différence de leurs intérêts, par le dualisme constitutionnel qui caractérisait le régime de l'*Acte d'Union* et par le fait que le Haut et le Bas-Canada devaient (re)devenir deux provinces distinctes dans le cadre de la fédération. Le Canada-Uni disposait de deux voix au moment de la Conférence de Québec, à la différence des autres colonies participantes qui n'avaient chacune qu'une seule voix ; voir J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 48, pp. 153 et 154.

122. Voir *supra*, note 20 et le texte correspondant.

confessionnelles lors de leur admission dans la fédération canadienne, respectivement en 1871 et en 1873. Comme on l'a noté précédemment, il existe actuellement trois autres provinces pour lesquelles certains droits en matière d'écoles confessionnelles sont enchâssés dans la Constitution, à savoir l'Alberta, la Saskatchewan et Terre-Neuve. Cependant, ces provinces ne sont pas visées par l'article 93 ; ce sont d'autres dispositions de la Constitution du Canada qui s'appliquent dans leur cas.

Par conséquent, il est possible de prétendre que les deux seules provinces liées, *dans un sens substantiel plutôt que formel*, par le « compromis » que constitue l'article 93 sont le Québec et l'Ontario. C'est bien ce que certains juges de la Cour d'appel de l'Ontario semblent avoir reconnu dans le jugement qu'ils ont rendu dans l'affaire *Renvoi relatif au Bill 30* de l'Ontario¹²³.

Si l'Ontario et le Québec sont les deux seules provinces liées par le compromis que constitue l'article 93, elles seraient également les deux seules qu'une éventuelle modification de cet article pour le Québec « concernerait », ou auxquelles cette modification « s'appliquerait », si on donne au verbe « s'appliquer », non pas son sens juridique habituel (auquel cas, la modification ne s'applique qu'au Québec), mais son sens élargi (« avoir certains effets sur ou certains liens avec »). Par conséquent, outre l'accord des deux Chambres fédérales, une telle modification nécessiterait l'accord de l'assemblée législative de l'Ontario et de celle du Québec. Par ailleurs, bien que le paragraphe 2 de l'article 93 ne s'applique qu'au Québec, on devrait tenir compte du fait qu'il est intimement lié au premier paragraphe et, par conséquent, considérer qu'il fait indissolublement partie, avec ce dernier, du compromis qui existe entre le Québec et l'Ontario¹²⁴.

Bien que cette façon de voir nous semble préférable, dans le contexte où il faudrait donner effet à la thèse du compromis, on ne peut cependant pas exclure totalement la possibilité que les tribunaux adoptent un autre point de vue et considèrent que les parties au « compromis » de l'article 93 sont non seulement l'Ontario et le Québec, mais toutes les quatre provinces

123. *Reference re an Act to Amend the Education Act*, (1986) 53 O.R. (2d) 513, 575 (jj. Zuber, Cory et Tarnopolsky) : « Moreover, as noted earlier, both Ontario and Quebec entered into Confederation on the condition that the educational rights of the religious minorities in those provinces were protected. This was one of the cornerstones of Confederation. The recognition and protection of the educational rights of the Protestant minority in Quebec and of the Roman Catholic minority in Ontario constituted a condition precedent to those provinces becoming part of Canada. Section 93 of the original *Constitution Act, 1867* gave effect to the bargain, which has been fulfilled in Quebec. It should not be broken in Ontario. »

124. Voir *supra*, note 72.

d'origine, voire les six provinces auxquelles cet article s'applique actuellement, et que, par conséquent, leur consentement à toutes est requis.

Pour favoriser l'adoption de la thèse de la modification « trilatérale », c'est-à-dire ne nécessitant que l'accord des autorités fédérales, d'une part, et celles du Québec et de l'Ontario, d'autre part, il y aurait lieu de rédiger soigneusement le texte de la modification proposée. Celle-ci devrait laisser subsister les paragraphes 3 et 4 de l'article 93 et ne modifier que les paragraphes 1 et 2. En effet, les paragraphes 1 et 2 n'ont d'effet que pour l'Ontario et le Québec, alors que les paragraphes 3 et 4 peuvent également avoir des effets, au moins de façon potentielle, pour les quatre autres provinces auxquelles l'article 93 s'applique. En outre, en laissant ces deux derniers paragraphes intacts, on conserve une certaine protection pour les minorités ou, du moins, une possibilité de protection, même dans les provinces où aucun droit ne leur est actuellement reconnu. En effet, si une de ces provinces leur attribue des droits à l'avenir, les paragraphes 3 et 4 permettront l'intervention remédiate des autorités fédérales au cas où la province considérée voudrait par la suite leur retirer à nouveau les droits en cause.

Conclusion

Il faut donc conclure que les tribunaux pourraient adopter différentes solutions concernant la modification de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁵ pour ce qui est du Québec, chacune d'entre elles pouvant être justifiée par des arguments ayant une certaine force convaincante. Autrement dit, ils disposeront, comme c'est souvent le cas, surtout en matière constitutionnelle, d'une certaine marge de discrétion.

Pour essayer de voir dans quel sens cette discrétion pourrait être exercée, il faut notamment tenir compte du sens général de la jurisprudence récente relative à l'article 93. Or, tous les spécialistes de la question ont noté que la Cour suprême semble très soucieuse, depuis une dizaine d'années, d'affirmer le rôle de l'article 93¹²⁶. Ainsi, dans le *Renvoi relatif au Bill 30*¹²⁷, non seulement a-t-elle élargi sa portée en renversant un précédent du Comité judiciaire du Conseil privé vieux de plus d'un demi-siècle, mais encore elle s'est livrée à de multiples contorsions intellectuelles pour soustraire les lois adoptées en vertu du paragraphe 3 de l'article 93 à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁸.

125. *Loi de 1867*, précitée, note 1.

126. Voir notamment les conclusions de P. CARRIGAN, *op. cit.*, note 23, et de G. PÉPIN, *loc. cit.*, note 33.

127. *Renvoi relatif au Bill 30*, précité, note 30.

128. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 38.

Si l'on se fie à cette philosophie judiciaire, il n'est pas illogique de penser que la Cour suprême sera également portée à protéger l'article 93 contre une modification qui lui semblerait trop « aisée » et, par conséquent, insuffisamment protectrice des droits garantis par l'intermédiaire de cette disposition.

Il est vrai qu'elle pourrait considérer que l'intervention des deux Chambres du Parlement canadien, dans le cadre d'une modification « bilatérale », constitue une protection suffisante, les autorités fédérales jouant le rôle de champion des droits des minorités.

Par ailleurs, dans la mesure où la Cour insiste beaucoup sur le fait que l'article 93 est le fruit d'un compromis historique, elle devrait logiquement être portée à exiger que les parties au compromis s'accordent pour modifier l'article. Les deux « vraies » parties étant l'Ontario et le Québec, et l'article 93 ne créant des obligations mutuelles qu'entre ces deux provinces, leur accord devrait être suffisant, outre celui des deux Chambres fédérales, pour modifier l'article. Dans ce contexte, les attitudes adoptées par l'Ontario à l'égard d'une demande de modification formulée par le Québec, et le touchant lui seul, constitueront évidemment un facteur politique important, dont les tribunaux tiendront sans doute compte, fût-ce sans le dire. Si l'Ontario est d'accord avec une telle modification, et si aucune autre province ne s'y oppose, les tribunaux seront davantage portés que dans le cas contraire, peut-on croire, à trouver des mérites juridiques à la thèse de la modification « bilatérale ».

Une situation curieuse serait créée si une ou plusieurs des trois provinces auxquelles l'article 96 ne s'applique pas, mais où existent des droits enchâssés en matière d'écoles confessionnelles (Alberta, Saskatchewan et Terre-Neuve) s'avisait de protester contre la diminution ou la suppression de ces droits au Québec. Ces provinces ne pourraient évidemment pas empêcher une telle modification de l'article 93 de façon directe, mais leur opposition amènerait peut-être les autorités fédérales à refuser leur consentement, ou encore inciterait la Cour suprême à adopter une thèse « maximaliste » en vertu de laquelle la modification de l'article 93 requiert l'assentiment des quatre provinces d'origine, voire des six provinces auxquelles cet article s'applique formellement. Par ailleurs, si le précédent de la *Modification constitutionnelle de 1987* pour Terre-Neuve était invoqué par le Québec, il pourrait, comme on l'a déjà noté, être écarté en soulignant que, dans ce cas, il s'agissait d'*augmenter* les droits confessionnels, alors que, par hypothèse, dans le cas du Québec, il s'agirait de les *diminuer* ou de les *supprimer*.